

Arrêt civil

Audience publique du 16 décembre deux mille neuf

Numéros 30781, 31621 et 32036 du rôle.

Composition:

Julien LUCAS, président de chambre;
Marie-Anne STEFFEN, premier conseiller;
Pierre CALMES, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

I) E n t r e :

A), demeurant à D-....,

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre KREMMER de Luxembourg en date du 20 juillet 2005,

comparant par Maître Charles TURK, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

la société anonyme B),

intimée aux fins du susdit exploit KREMMER du 20 juillet 2005,

comparant par Maître Yves PRUSSEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

II) E n t r e :

A), demeurant à D-

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg en date du 23 août 2006,

comparant par Maître Charles TURK, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

la société anonyme C), établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 46A, avenue J.F. Kennedy, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit THILL du 23 août 2006,

comparant par Maître Carine FEIPEL, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

III) E n t r e :

la société anonyme B), établie et ayant son siège social à L-2420 Luxembourg, 11, av. Emile Reuter, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch/Alzette en date du 13 décembre 2006,

comparant par Maître Yves PRUSSEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

e t :

1. A), demeurant à D-

intimé aux fins du susdit exploit STEFFEN du 13 décembre 2006,

comparant par Maître Charles TURK, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2. la société anonyme C), établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 46A, avenue J.F. Kennedy, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit STEFFEN du 13 décembre 2006,

comparant par Maître Carine FEIPEL, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR DAPPEL :

Le 1er février 2000, A) en qualité de preneur d'assurance (« Versicherungsnehmer ») et d'assuré (« versicherte Person ») signe par l'intermédiaire de la société de droit allemand C) SERVICE - CENTER GmbH, auprès de la Compagnie d'assurance B) S.A. une demande de souscription d'assurance-vie, dénommée « Antrag für die Garantierte Investmentpolice » numéro 02392, au bénéfice de son épouse D) (« Bezugsberechtigte Person »), le montant à investir de 400.000.- DM (« investierter Beitrag ») étant à virer pour le 10 février 2000 environ.

Cette demande de souscription comporte une page de couverture, ainsi que deux pages qui sont à remplir par les données du souscripteur et dont la dernière page, signée par A), contient la clause suivante :

« Mit nachfolgender Unterschrift erkläre ich, dass mir ein Exemplar des vorliegenden Versicherungsantrages sowie der Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Garantierte Investmentpolice übergeben wurde und damit Bestandteil des Vertrages geworden sind ».

« Das Originalexemplar des vorliegenden Versicherungsantrages gilt für B) als Empfangsbescheinigung ».

Le 16 février 2000, A) effectue le virement du montant de 400.000.- DM.

La demande de souscription concernant la "Garantierte Investment Police" comporte en page de couverture les indications suivantes :

« ° 100% Kapitalgarantie »

« ° 6,8% p.a. variabler Kupon »

« ° 85% Beteiligung an der Fondsrendite ».

« Genaue Angaben entnehmen Sie bitte den anhängenden Versicherungsbedingungen und der Investitionsbeschreibung ».

« Police mit Kapitalgarantie »,

« hoher regelmässiger Ausschüttung »

« bei gleichzeitiger Partizipation »

« an erstklassigen Aktienfonds ».

Les conditions générales, remises le 1^{er} février 2000 à A) indiquent, entre autres, que la « Dividendenreferenzgerade », ci-après DRG, commence à 50% du ENIW (Nettoinventarwert am Emissionsdatum) :

« Die Dividendenreferenzgerade ist eine Gerade, die bei 50% des ENIW beginnt und nach 15 Jahren bei 105% des ENIW endet, was einer jährlichen Zunahme von 3.67 entspricht. Es wird kein Quartalskupon ausgezahlt, wenn der NIW » (Nettoinventarwert) « die DRG unterschreitet ».

Le 21 mars 2000, C) S.A. adresse à A) le courrier suivant :

« Vielen Dank für den eingereichten Antrag und das entgegengebrachte Vertrauen in ein innovatives Investmentprodukt ».

« Die Garantierte Investment Police ist ein Produkt, das auf Basis geltender Kapitalmarktkonditionen ständig weiterentwickelt wird. So haben wir den GIP-BOND I verbessert ».

« Damit steht die erste Tranche nicht mehr zur Verfügung und Sie haben die Möglichkeit, in die neue Tranche zu investieren ».

« Bitte unterzeichnen Sie den von uns bereits vollständig ausgefüllten Antrag und senden Sie diesen mit dem beiliegenden Freiumschlag an uns zurück. Ihren Vermittler haben wir mit gleichem Schreiben informiert, der Ihnen mit Fragen gerne zur Verfügung steht ». « ... ».

Suite à ce courrier, A) signe le 28 mars 2000 cette demande d'assurance-vie -« Antrag für die Garantierte Investmentpolice » numéro 9297, au bénéfice de son épouse D), le montant à investir étant de 400.000.-DM.

Hormis la date et le numéro, le libellé et la présentation de la demande de souscription du 28 mars 2000 sont identiques à celle du 1^{er} février 2000.

Par lettre du 20 août 2001, C) S.A. fait tenir à A) un extrait annuel au 30 juin 2001 concernant sa "Garantierte Investment Police", en l'informant entre autres de ce que « In 2001 wird kein Coupon ausbezahlt ».

Par lettre du 7 janvier 2002, le mandataire de A) sollicite auprès de B) S.A. la nullité du contrat pour erreur, sinon pour dol, se référant à la lettre ci-avant de C) S.A. du 20 août 2001 selon laquelle aucun coupon ne sera réglé pour 2001, alors que la demande de souscription promet « 6,8% p.a. variabler Kupon », ainsi qu'une « hohe.. regelmässige.. Ausschüttung ».

Au cas où B) S.A. ne devait, en conséquence, pas faire droit à la demande de remboursement du montant investi de 400.000.- DM jusqu'au 18 janvier 2002, le mandataire de A) demande à B) S.A. « darzulegen, warum für das Jahr 2001 keine Ausschüttung erfolgt. ... Wir bitten ... u. a. um präzise Darlegung, inwiefern die Dividendenreferenzgerade, die bei 50% des ENIW beginnt, höher ist als der NIW » (Netto Inventar Wert).

Par lettre en réponse du 7 février 2002, dans laquelle elle revient aux prestations d'assurance convenues, B) S.A. souligne entre autres que les conditions générales indiquent clairement (page 11) que le coupon est « in erster Linie <variabel> », et qu'il s'agit d'un « variabler Kupon bis zu 6,8 € p.a. », partant qu'il comporte au maximum un coupon annuel de 6,8 euros, et qu'il est annuellement payable suivant les modalités spécifiées aux conditions générales.

La lettre de B) S.A. ajoute, dans le cadre des explications fournies concernant le calcul, notamment, du coupon, que pour 2001 aucun coupon n'est réglé étant donné que la valeur du BOND est de 70, alors que la DRG commence à 85, et non à 50 tel qu'indiqué dans la lettre de A) du 7 janvier 2002.

Le 25 février 2002, le mandataire de A) fait savoir à B) S.A. qu'aucun contrat ne s'est formé entre celle-ci et son mandant étant donné que la première demande de souscription du 1^{er} février 2000, avec une DRG de 50, n'est pas acceptée par B) S.A. et que, « ... Wie sich aus Ihrem Schreiben vom 07.02.2000 ergibt, wollten Sie mit unserem Mandanten vielmehr einen Vertrag schliessen, bei dem die Dividendenreferenzgerade bei 85 beginnt. Ein solches Angebot hat unser Mandant jedoch nie angenommen. Es handelt sich um einen sog. offenen Einigungsmangel i. S. d. § 154 BGB ».

Le mandataire de A) sollicite par conséquent le remboursement du montant de 400.000.- DM réglé le 16 février 2000 en vue de la conclusion d'un contrat avec une DRG de 50, qui ne s'est jamais formé.

Par sa lettre en réponse du 26 avril 2002, B) S.A. fait savoir au mandataire de A) que, entre autres, celui-ci a avec le courrier du 21 mars 2000 reçu en même temps les nouvelles conditions générales : « Damit hat er auch neue Allgemeine Versicherungsbedingungen bekommen, die als Anlage dem Brief beigelegt waren, und die wir von C) auch bekommen haben und wo die Dividendenreferenzgerade mit 85 beginnt. ... ».

Se prévalant de sa signature le 1^{er} février 2000 d'une demande d'assurance-vie -« Antrag für Garantierte Investmentpolice »- no 02392 avec B) S.A., que l'intermédiaire de cette demande est la société de droit allemand "C) SERVICE - CENTER GmbH, agissant par son « Sales Director » E), que les données figurant en page de couverture de la police "Garantierte Investment Police", soit 100% Kapitalgarantie, 6,8% variabler Kupon et 85% Beteiligung an der Fondsrendite, le déterminent à contracter cette assurance-vie, que lors de la signature de la demande de souscription le 1^{er} février 2000 lui est remis un exemplaire des conditions générales dans lesquelles la "Dividendenreferenzgerade" est fixée à 50, que s'il avait été informé de ce que le rendement annuel régulier de 6,8% pourrait le cas échéant ne pas être distribué tous les ans, il n'aurait pas conclu le contrat, qu'il a légitimement pu croire que les 6,8% p.a. seraient payés régulièrement, que les conditions générales ne sont pas de nature à dissiper cette impression, que l'explication du coupon variable figurant page 11 des conditions générales est incompréhensible pour un consommateur moyen, que le seuil de versement d'un dividende initialement proposé à 50 est, par la suite, unilatéralement augmenté par B) S.A. à 85, que le contrat est dès lors nul en l'absence d'un concours de volonté sur un élément essentiel du contrat, qu'il a été trompé et induit en erreur, qu'aucun contrat ne s'est formé sur base de la demande de souscription du 1^{er} février 2000 faute d'acceptation par B) S.A., qu'il « n'a jamais pu accepter l'offre de B) S.A. du 21 mars 2000 contenant les conditions générales modifiées », notamment quant au relèvement de la DRG à 85, faute d'en être informé, A) assigne B) S.A. par exploit d'huissier du 10 décembre 2002 à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg afin de voir dire que, par application du paragraphe 154 du BGB, le contrat est nul ab initio, et pour, en conséquence voir condamner B) S.A. à lui payer le montant de 204.516,75.- euros représentant le montant de 400.000.- DM avec les intérêts légaux y spécifiés.

Soutenant avoir mis les conditions générales à la disposition du courtier d'assurances C) S.A. qui introduit les clients auprès de B) S.A., qu'en principe les conditions générales étaient à adresser par C) S.A. à A) avec le

courrier du 21 mars 2000 lui soumettant le « nouveau formulaire de souscription », que s'il devait se révéler que tel ne fut pas le cas, si le contrat allait être déclaré nul pour omission de présentation des nouvelles conditions générales, et si B) S.A. devait faire l'objet des condamnations sollicitées par A), B) S.A. assigne C) S.A. par exploit d'huissier du 11 juillet 2003 à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg afin de voir, le cas échéant, dire que sa responsabilité contractuelle, sinon quasi-délictuelle est engagée envers B) S.A., de sorte qu'elle doit tenir B) S.A. quitte et indemne de tout préjudice pouvant résulter pour celle-ci d'une condamnation au remboursement de la prime, B) S.A. sollicitant qu'en cas de condamnation à son encontre, C) S.A. soit condamnée à lui payer le montant de 125.000.- euros à titre de dommages et intérêts.

Par courrier adressé le 19 avril 2004 à B) S.A, les époux A)-D) demandent la « Auszahlung von 50% des gegenwertigen Rückkaufwertes » :

« ... hiermit bitten wir um Ueberweisung von 75.000,- Euro an die Allgemeine Beamten Kasse Berlin, Kreditbank GmbH, ... ».

« Diese hat als eine unserer Kreditgeber o.g. Vertrag als Sicherheit von uns erhalten. ... ».

« Diese Massnahme berührt nicht den laufenden Rechtsstreit von uns mit B). Hier warten wir eine gerichtliche Entscheidung ab ».

En 2005 et en 2006, les époux A)-D) effectuent des rachats supplémentaires de respectivement 40.000.- euros et 30.000.- euros.

Par exploit d'huissier du 20 juillet 2005 par lequel il intime B) S.A., A) interjette appel contre le jugement rendu le 25 janvier 2005 par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg disant non fondée sa demande dirigée contre B) S.A. et, en conséquence, sans objet la demande en intervention de celle-ci contre C) S.A..

A) demande que, par voie de réformation, il soit retenu qu'aucun contrat ne s'est formé entre parties « faute de consentement, sinon faute de consentement valable », celui de l'appelant étant nul étant donné qu'il est induit en erreur par B) S.A. sur des éléments essentiels de l'offre, demandant qu'en conséquence l'intimée soit condamnée à lui restituer le montant de 204.516,75.- euros.

Par exploit d'huissier du 23 août 2006, A) dirige un « appel en cause » contre C) S.A..

Par exploit d'huissier du 13 décembre 2006 B) S.A., intimant A) et C) S.A., interjette appel subsidiaire contre le jugement du 25 janvier 2005

demandant que, au cas où il devait être fait droit à l'appel de A) du 20 juillet 2005, sa demande dirigée en première instance contre C) S.A. soit accueillie.

Il y a lieu de statuer suite à l'arrêt du 28 mai 2008 qui, joignant les trois instances, dit irrecevable « l'appel en cause » dirigé le 23 août 2006 par A) contre C) S.A. et, recevant les appels A) du 20 juillet 2005 et B) S.A. du 13 décembre 2006, admet avant tout autre progrès en cause, A) à prouver par l'audition de son épouse D) que :

« La lettre adressée le 21 mars 2000 par C) S.A. à Monsieur A) à laquelle était annexée une demande de souscription n° 9297 pour une <garantie Investment Police> de B) S.A., ne contenait pas les conditions générales y correspondantes, prévoyant notamment <une droite de référence> commençant à 85 % de la valeur d'inventaire nette au jour de l'émission (ENIW)> ».

Les dépositions faites lors des enquête et contre-enquête par respectivement D) et Nathalie BRESER, employée auprès de C) S.A., correspondent en leur substance aux attestations écrites de ces témoins des 20 février 2004 et 26 novembre 2003.

A l'instar des attestations écrites, les deux dépositions faites sous la foi du serment les 13 octobre et 3 novembre 2008 se neutralisent réciproquement, à défaut de tout élément objectif permettant de privilégier l'une par rapport à l'autre, et de retenir que l'éventuel intérêt personnel du témoin BRESER -en ce que l'enquête porte directement sur la question de l'envoi des conditions générales litigieuses dont elle était chargée à l'époque, étant, par ailleurs actuellement toujours employée auprès de C) S.A.-, serait plus ou moins important que l'intérêt personnel éventuel du témoin D) -en ce que le litige pourra avoir une incidence sur la situation financière des époux A)-D), quelque soit par ailleurs leur régime matrimonial-.

A) base sa demande en nullité et en restitution sur les paragraphes 154, sinon 119 du BGB, plus subsidiairement sur la culpa in contrahendo.

Il ne conteste pas ne pas s'être vu délivrer, dans le cadre de la première demande de souscription, le prospectus versé par C) S.A., s'y référant par ailleurs dans ses conclusions notifiées le 1^{er} septembre 2006.

Le fait que le prospectus produit par C) S.A. comporte page 14 la mention « Vorteile auf einen Blick » et énonce page 15 « 10 Ueberzeugende Gründe », ne saurait établir l'existence d'une quelconque erreur dans le chef de A) au moment de fournir son consentement, étant par ailleurs à relever

que ce même prospectus publicitaire relève page 16 sous « Hinweise und Empfehlungen » que « Ergebnisse der Vergangenheit sind keine Garantie für zukünftige Wertentwicklungen. Wechselkursschwankungen können das Ergebnis positiv oder negativ beeinflussen. ... », après avoir indiqué page 5 déjà que « Die Ergebnisse der Vergangenheit sind zwar keine Garantie für eine zukünftige Wertentwicklung, ... ».

Le prospectus attire ensuite dans ce contexte l'attention sur l'importance des conditions générales :

« Beachten Sie deshalb die Risikohinweise der Verbraucherinformation und Investitionsbeschreibung ».

« Mit jedem Antrag erhalten Sie die ausführlichen Bedingungen zur Garantierten Investment Police ».

« Ganz gleich in welcher Form auch immer Sie in der Garantierten Investment Police investieren, sprechen Sie vorher mit Ihrem Vermittler ».

Il est constant en cause que A) ne contacte pas C)SERVICE - CENTER GmbH, ni, par ailleurs, B) S.A., avant de renvoyer sa demande de souscription le 28 mars 2000.

On peut ajouter que les « 10 Ueberzeugende Gründe » dont question au prospectus, incriminés par A), font état de « hohe regelmässige variable Ausschüttung », mettant ainsi également en évidence le caractère, essentiellement variable, de cette rémunération.

De même, la page de couverture de la demande de souscription - reproduite ci-avant- renvoie le futur contractant éventuel de manière expresse et formelle aux « Versicherungsbedingungen » et « Investitionsbeschreibung » pour ce qui concerne les « Genaue Angaben », partant les données et conditions concrètes et précises régissant les « 100% Kapitalgarantie », « 6,8% p.a. variabler Kupon » et « 85% Beteiligung an der Fondsrendite » dont elle fait état, ce renvoi y étant imprimé en des caractères parfaitement lisibles, même s'ils sont différents et moins importants que ceux des autres mentions y figurant.

Cette mention concernant le coupon de 6,8% comprend le terme « variable », ce qui signifie qu'il peut être moins important, voire même inexistant, étant constant en cause que les conditions générales indiquent pages 11, à laquelle renvoie, par ailleurs, la lettre de A) du 7 janvier 2002 : « max. Jahreskupon = 6,8 Euro ».

Par ailleurs, si la page de couverture de la demande de souscription indique que la "Garantierte Investment Police" comporte une « Police mit Kapitalgarantie » ou « 100% Kapitalgarantie », il n'y est pas question d'une garantie concernant les « 6,8% p.a. variabler Kupon » ou concernant la « hohe regelmässige Ausschüttung ».

L'appelant ne saurait, sans dénaturer la teneur de cette page de couverture, faire abstraction de ce que, sous les indications « 100% Kapitalgarantie » et « 6,8% p.a. variabler Kupon », il est indiqué expressément : « Genaue Angaben entnehmen Sie bitte den anhängenden Versicherungsbedingungen und der Investitionsbeschreibung ».

Or, les conditions générales indiquent page 14, de manière claire et dans les mêmes caractères que les autres indications y figurant que la « Dividendenzahlung in Höhe von 6,8% » y reproduite sous forme d'un graphique pour la période allant de juillet 1984 à juillet 1999, ne constitue « in keinem Fall (ein) festes Angebot ... » :

Une page entière y est consacrée à l'analyse de la « Vergangenheitsperformance », avec l'indication que la « Vergangenheitsperformance » matérialisée au tableau y reproduit est simulée : « Diese simulierte Vergangenheitsperformance des C)BOND von Juli 1984 bis Juli 1999 wurde aufgrund der Leistungen, die die ausgewählten Aktienfonds während dieses Zeitraumes erbracht hatten, erstellt. ».

« Es geht klar daraus hervor, dass jährlich eine Dividendenzahlung in Höhe von 6,8% erfolgen konnte, da der Nettoinventarwert stets über der Dividendenreferenzgeraden lag ».

« Ueber den gesamten Zeitraum wurde ein fast durchgängiger Wertzuwachs erzielt, so dass der Tilgungskurs von 100% auf über 579,8% anstieg. Bei einem investierten Sparguthaben von 50.000 Euro wären am Tilgungstag über 253.915 Euro ausbezahlt worden ».

Suit, mise en relief, la mention :

« Vergangenheitsperformance ist keine Garantie für zukünftige Performance ! »

Finalemment, dans un encadrement une explication plus ample est fournie à cet égard, comprenant la précision suivante « ... Da die Ergebnisse allerdings Marktschwankungen unterworfen sind, hat die oben angeführte Wertentwicklung rein indikativen Charakter und ist in keinem Fall als festes Angebot ... zu verstehen. ... ».

« ... Es obliegt Ihnen, Ihre eigene Analyse zu erstellen und die Vorteile und Risiken dieser Anlageform abzuwägen. Der Inhalt des vorliegenden Dokuments hat rein indikativen Wert ».

A l'appui de sa demande visant à la nullité du contrat du 28 mars 2000 pour absence de rencontre de volonté entre A) et B) S.A. sur les éléments essentiels du contrat, A) invoque le paragraphe 154 du BGB, libellé comme suit :

« Solange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrages geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen ».

Cette disposition vise, entre autres, le « Offener Einigungsmangel » sur lequel se base A), défini comme suit :

« Haben sich die Parteien über den Inhalt des Vertrages noch nicht vollständig geeinigt, und sind sich dieses Einigungsmangels bewusst ... ».

« Es genügt, dass eine Partei erkennbar gemacht hat, sie halte eine Einigung über den betreffenden Punkt ... für erforderlich » (cf Palandt : sous § 154 1. a.).

Selon l'appelant, aucun contrat ne se forme sur la base de sa demande de souscription du 28 mars 2000, à défaut par B) S.A. de l'informer dans sa lettre du 21 mars 2000 sur le fait de la modification des conditions d'assurance-vie -« über die veränderten Versicherungsbedingungen »-, en particulier sur le relèvement de la DRG de 50 à 85.

Or, en apposant sa signature sous la demande de souscription du 28 mars 2000, A) reconnaît expressément avoir reçu les conditions générales avec cette 2^e demande de souscription :

« Mit nachfolgender Unterschrift erkläre ich, dass mir ein Exemplar des vorliegenden Versicherungsantrages sowie der Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Garantierte Investmentpolice übergeben wurde und damit Bestandteil des Vertrages geworden sind ».

« Das Originalexemplar des vorliegenden Versicherungsantrages gilt für B) als Empfangsbescheinigung ».

C'est à tort que l'appelant conteste que cette déclaration signée le 28 mars 2000 ait trait à un nouveau jeu de conditions générales et qu'il soutient

qu'elle peut tout aussi bien se rapporter aux conditions générales qui lui ont été remises avec la demande de souscription du 1^{er} février 2000.

En effet, au vu de cette déclaration, A) affirme, par sa signature apposée sur cette nouvelle demande de souscription d'assurance-vie, avoir reçu également un exemplaire des conditions générales concernant cette demande de souscription du 28 mars 2000.

Notamment, les termes « mit nachfolgender Unterschrift », « <vorliegenden> Versicherungsantrages », « Bestandteil <des>Vertrages » ne peuvent viser que le contrat auquel se rapporte la demande de souscription en question.

Par ailleurs, A) ne peut ignorer, pour l'avoir reçu avec la première demande de souscription, que le prospectus prévoit à cet égard que : « Mit jedem Antrag, erhalten Sie die ausführlichen Bedingungen ».

Les termes de la déclaration litigieuse signée, sont sans équivoque quant au fait que A) reconnaît avoir reçu avec cette demande de souscription, un exemplaire des conditions générales devenant partie intégrante de ce contrat.

Par ailleurs, le fait que C) S.A. indique dans la lettre du 21 mars 2000 que la demande de souscription du 1^{er} février 2000 porte sur « ein innovatives Investmentprodukt », expliquant, par ailleurs, que la « Garantierte Investment Police ist ein Produkt, das auf Basis geltender Kapitalmarktkonditionen ständig weiterentwickelt wird », que C) S.A. a ainsi « den <GIP-BOND I> verbessert », que dès lors la 1^{ere} tranche n'est plus disponible, mais que A) a « ... die Möglichkeit in die neue Tranche zu investieren », implique que les conditions de l'assurance-vie, et plus particulièrement celles de l'investissement telles que décrites page 12 des conditions générales remises le 1^{er} février 2000 à l'appelant, sont nécessairement modifiées.

En effet, ni la lettre de C) S.A. du 21 mars 2000, ni la demande de souscription du 28 mars 2000 -à l'instar par ailleurs de celle du 1^{er} février 2000- ne renseignant les critères et les conditions de l'investissement amélioré, A) n'a légitimement pas pu ignorer que ces données modificatives sont nécessairement indiquées dans les conditions générales décrites page 12 des conditions générales qu'il reconnaît avoir reçues en signant le 28 mars 2000 la demande de souscription ayant trait à ce nouveau produit.

En outre, malgré la suggestion expresse faite le 21 mars 2000 par C) S.A. à A) de contacter son intermédiaire -« Vermittler »- pour toutes les questions éventuelles pouvant se poser concernant la nouvelle tranche

proposée, l'appelant signe la demande de souscription le 28 mars 2000, sans au préalable en référer à C) S.A., voire même à B) S.A.

L'ensemble de ces éléments établit que A) accepte le nouveau produit en connaissance de cause, c'est-à-dire au vu de la modification concrète intervenue, telle que résultant notamment de la DRG.

Pour le moins en découle-t-il que la forme de l'amélioration du nouveau produit et sa traduction concrète ne revêtent pas un caractère substantiel concernant sa demande de souscription, partant, dans le consentement de A).

En effet, l'appelant, ni n'établit, ni n'offre en preuve que le motif de la conclusion du contrat consiste en l'obtention d'un rendement régulier devant lui permettre le remboursement de prêts bancaires, ou, de manière plus générale, qu'il entendait souscrire à une amélioration à court, plutôt qu'à long terme.

Par conséquent, il n'y a ni « Zweifel », ni « offener Einigungsmangel » au sens du paragraphe 154 alinéa 1^{er} du BGB.

Par l'effet de la signature apposée sur la demande de souscription du 21 mars 2000, il incombe à A) de prouver que, malgré la déclaration signée et la reconnaissance de la réception des conditions générales le 21 mars 2000, il n'a pas reçu de conditions générales avec la deuxième demande de souscription lui adressée par B) S.A., et en conséquence, pas d'information concernant le relèvement de la DRG de 50 à 85.

Cette signature vaut, en effet, présomption de ce qu'il les a reçues, A) étant cependant libre de prouver que, malgré le fait qu'il reconnaît par sa signature avoir reçu les conditions générales avec la 2^e demande de souscription, tel n'est pas le cas.

Or, pareille preuve n'est ni rapportée, ni offerte en preuve par l'appelant.

Plus particulièrement, ni les attestations testimoniales, ni le résultat des enquêtes ne sont concluants à cet égard.

Finalement, le fait que la lettre du 21 mars 2000 comporte la mention « Anlage » et non « Anlagen », ne permet pas d'en déduire avec l'appelant qu'y était jointe uniquement la demande de souscription portant sur la nouvelle tranche, mais non les conditions générales.

Les éléments du dossier ne permettent pas non plus de retenir que A) ait au moment de renvoyer la demande de souscription du 28 mars 2000 fait savoir que la DRG fixée à 50, respectivement l'obtention régulière d'un dividende de 6,8, voire même inférieur, constitue pour lui un élément devant faire l'objet d'un échange de consentement entre parties.

Il n'y a dès lors pas de doute -« Zweifel »- au sens du paragraphe 154 du BGB, étant donné que l'échange de consentement porte sur tous les points du contrat, en particulier sur les critères et conditions déterminés aux conditions générales, dont, plus spécifiquement la DRG portée à 85.

Au vu de ces considérations il y a lieu, conformément à la demande de B) S.A., de dire non fondée la demande basée sur le paragraphe 154 du BGB.

Par ailleurs, et alors qu'il est constant en cause qu'aucun contrat ne s'est formé sur la base de la demande de souscription du 1^{er} février 2000 à défaut d'acceptation par B) S.A., A) laisse, et partant, met à la disposition de B) S.A. le montant de 400.000.- DM réglé le 16 février 2000, et qui est nécessaire à l'investissement à réaliser par B) S.A. dans le cadre de l'exécution du contrat "Garantierte Investment Police" correspondant au formulaire no 9297 du 28 mars 2000.

A) exécute ainsi une obligation lui incombant dans le cadre du contrat se greffant sur sa deuxième demande de souscription.

En contrepartie, il bénéficie, entre autres, de la couverture d'assurance-vie par B) S.A.

Par conséquent, même dans l'hypothèse d'un « Vertragsabschluss trotz fehlender Einigung », non donnée en l'espèce, la disposition ci-avant reproduite du § 154 du BGB serait encore inapplicable : « wenn sich die Parteien trotz der noch offenen Punkte erkennbar vertraglich binden wollen ... ».

Or, « Ein solcher Wille ist in der Regel zu bejahen, wenn die Parteien im beiderseitigem Einvernehmen mit der Durchführung des unvollständigen Vertrages begonnen haben ... » (cf Palandt : sous § 154 1. b.).

Subsidiairement, A) base son action en nullité du contrat conclu sur la base de sa demande de souscription du 28 mars 2000, sur le paragraphe 119 du BGB concernant la « Anfechtbarkeit wegen Irrtums », libellé comme suit :

« I. Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtume war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde ».

« II. Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden ».

C'est à l'appelant, en sa qualité de demandeur en nullité pour erreur, qu'incombe la charge de la preuve suivante :

« Der Anfechtende hat für alle Voraussetzungen des Anfechtungsrechtes die Beweislast, also für das Vorliegen des Irrtums, den ursächlichen Zusammenhang zwischen Irrtum und Erklärung und auch dafür, dass er die Erklärung bei verständiger Würdigung nicht abgegeben hätte » (Palandt : sous § 119, no 9).

Il incombe partant à A) d'établir l'existence contestée d'une erreur au sens du paragraphe 119 du BGB lors de sa demande de souscription, et plus particulièrement que la DRG à 50 est le motif déterminant pour lui : « Anfechtbar ist die Erklärung nur, wenn der Irrtum ursächlich war » (Palandt : sous § 119, no 8)

A l'appui de sa demande en nullité du contrat pour erreur, il appartient au demandeur de prouver que le paiement régulier d'un dividende de 6,8% ou légèrement inférieur, est pour lui l'élément déterminant de sa demande de souscription.

B) S.A. conteste l'affirmation de A) que son motif de conclure le contrat du 28 mars 2000 consiste dans le refinancement ou le remboursement de prêts bancaires contractés pour le financement de la maison d'habitation A), et partant dans l'obtention de rémunérations régulières.

B) S.A. conteste que la modification de la droite de référence de 50 à 85 ait eu un caractère substantiel et que le paiement régulier de dividendes ait été la cause déterminante de la demande de souscription le 28 mars 2000.

Elle conteste par ailleurs l'affirmation de A) selon laquelle il aurait été garanti qu'un dividende serait toujours payé.

Selon l'appelant, son consentement du 28 mars 2000 est vicié par l'erreur, ce indépendamment même de la question de savoir si les nouvelles

conditions générales étaient ou non jointes à la demande de souscription du 21 mars 2000.

Or, l'affirmation -contestée- de A) que le but poursuivi par lui en adressant sa deuxième demande de souscription à B) S.A. est de « toucher des revenus réglés régulièrement chaque année <même si le taux varie> et conclure une assurance-vie, le tout pour garantir au moins en partie le remboursement de deux emprunts bancaires », reste à l'état de simple allégation.

En effet, les seuls éléments au dossier faisant référence à pareil but, sont les lettres adressées en 2002 par le mandataire de A) à B) S.A..

Ces courriers, de deux années postérieurs à la conclusion du contrat, ne sauraient cependant valoir preuve de l'élément ayant le 28 mars 2000 déterminé le consentement de A).

Par contre, A) savait au vu du prospectus tel que reproduit ci-avant qu'à chaque nouvelle demande de souscription correspond son jeu de conditions générales, conditions générales qui font par ailleurs partie intégrante du contrat qui se forme sur l'acceptation de la demande de souscription par B) S.A.

Il ne pouvait partant pas légitimement ignorer que la demande de souscription du 28 mars 2000 a trait à un nouveau contrat dont font partie intégrante les conditions générales afférentes jointes par C) à la deuxième demande de souscription.

C'est par conséquent à tort que A) soutient se trouver dans l'hypothèse de la « unbewusste Unkenntnis vom wirklichen Sachverhalt », et partant en présence d'une erreur au sens du § 119 du BGB.

Tel qu'indiqué dans les développements ci-avant concernant le paragraphe 154 du BGB, ces conditions générales varient nécessairement par rapport à celles du 1^{er} février 2000, étant donné que la lettre du 21 mars 2000 par laquelle C) S.A. adresse la 2^e demande de souscription à A), fait état d'une amélioration, partant d'une modification du produit d'investissement par rapport à celui ayant trait à la 1^{ere} demande de souscription.

Etant donné que les demandes de souscription elles-mêmes ne contiennent aucun descriptif du produit d'investissement, celui-ci doit nécessairement être indiqué dans les conditions générales correspondant aux différentes demandes de souscription.

Contrairement à l'argumentation de A), aucun élément au dossier ne permet de retenir qu'il n'aurait pas conclu sur la base de la 2^e demande de souscription, s'il avait su que la DRG était portée de 50 à 85.

Il découle de ces éléments que A) ne prouve pas l'existence d'une erreur viciant sa demande de souscription du 28 mars 2000, à fortiori pas celle d'une erreur déterminante et « *ursächlich* ».

De même, la mention « *regelmässige hohe Ausschüttung* » n'est pas suffisamment précise ou explicite pour ne pas, de toute façon obliger A) à consulter le contrat proposé, à savoir, les conditions générales y correspondantes.

En effet, cette formulation n'est précise ou explicite, ni quant à l'importance qui s'attache à « *hohe* », ni quant à la périodicité de « *regelmässige* », ni quant à la nature de la « *Ausschüttung* », le prospectus faisant, par ailleurs, état d'une « *hohe regelmässige variable Ausschüttung* ».

L'ensemble des éléments qui précèdent permet de retenir, tel qu'indiqué ci-avant, que les conditions générales sont jointes à la seconde demande de souscription, et que A) considère être informé à suffisance lors de la 2^e demande, et en tout cas que la question de savoir si le dividende est régulièrement et effectivement payé, et celle de savoir si l'amélioration dont il est question dans la lettre du 21 mars 2000 se produit à court ou à long terme, n'est pas d'une incidence déterminante -« *ursächlich* »- au sens du paragraphe 119 du BGB, lors de la signature de la demande de souscription du 28 mars 2000.

Par conséquent, le fait que la DRG est dans le cadre de la 2^e demande de souscription relevée de 50 à 85, ne permet pas de retenir avec A) que dès lors C) S.A. indique à tort dans sa lettre du 21 mars 2000 que le GIP-BOND I est amélioré (« *verbessert* ») et qu'il se trouve, de ce fait, induit en erreur, voire qu'il y ait eu absence de consentement de sa part.

Finalement, A) savait que, tel que les conditions générales l'indiquent page 14, de manière claire et dans les mêmes caractères que les autres indications des conditions générales, la « *Dividendenzahlung in Höhe von 6,8%* », y reproduite moyennant un graphique pour la période allant de juillet 1984 à juillet 1999, ne constitue « *in keinem Fall (ein) festes Angebot ...* » et est liée aux variations, le cas échéant, négatives du marché boursier.

A) ne conteste, par ailleurs, par aucun argument précis ou concret l'argumentation suivante de B) S.A. :

« Si un coupon est payé, ce paiement diminue d'autant le montant investi et le paiement du dividende a donc ... une incidence directe sur la performance future ». « ... ».

« En somme, le dividende est un acompte sur la performance, mais comme il diminue la valeur nette globale du C)Dachfonds et la valeur nette de chaque C)Bond, il influe également sur la performance future ».

« L'objectif de la nouvelle proposition avec la politique de dividende modifiée n'était pas de proposer un produit moins performant pour l'investisseur : en réduisant la droite de référence à 85, le coupon variable était réduit en début de vie du contrat, ce qui devait permettre une meilleure capitalisation en fin de vie, le montant afférent non distribué restant réinvesti au profit du souscripteur ». « ... ».

A) ne conteste pas non plus l'affirmation de B) S.A. selon laquelle la différence dans la politique de distribution proposée le 21 mars 2000 ne comporte pas un changement de rendement du contrat, mais seulement une différence dans la politique de distribution du rendement, dictée par les circonstances boursières moins favorables.

De même, les changements boursiers négatifs dont fait état B) S.A. ne sont pas contestés en soi par A).

A cet égard, il y a lieu de renvoyer encore aux conditions générales -qui font partie du contrat- qui soulignent précisément l'incidence des variations boursières sur la « Vergangenheitsperformance » y renseignée par ailleurs à titre purement indicatif.

Finalement, contrairement à ce que soutient A), il était libre le 28 mars 2000 de ne pas investir dans cette 2^e tranche, partant, de solliciter au lieu de la conclusion du contrat proposé le 21 mars 2000 par B) S.A., le remboursement du montant de 400.000.- DM réglé à l'appui de la 1^{ere} demande de souscription, non acceptée par B) S.A..

L'affirmation encore que la modification de la DRG de 50 à 85 est « diamétralement contraire » à ce que A) voulait en contractant, reste à l'état de simple allégation, non offerte en preuve.

A) ne saurait pas non plus déduire l'existence d'une erreur de ce que le coupon annuel de 6,8% au maximum ne lui est réglé qu'en fonction de la DRG, alors que ceci est expressément prévu aux conditions générales.

Contrairement à ce que soutient l'appelant, les éléments dont il se prévaut ne permettent pas de retenir qu'il se trouve sous l'empire d'une

erreur quant à la substance de la convention, et que celle-ci serait partant nulle.

En effet il est, au vu des développements qui précèdent, constant en cause que A) a entendu conclure avec B) S.A. le contrat modifié tel que proposé le 21 mars 2000.

Le fait encore que A) ne sollicite aucune explication concernant la nature ou la portée de l'amélioration du produit lui proposé le 21 mars 2000, permet de retenir que la traduction concrète -à court ou à long terme- de cette amélioration du nouveau produit d'investissement ne constitue pas pour A) un élément déterminant pour la conclusion de ce contrat concernant le produit modifié et amélioré.

A ces développements, desquels il résulte que la demande déduite de l'existence d'une erreur est non fondée, il y a lieu d'ajouter qu'en droit allemand, « d) Nur die unbewusste Unkenntnis vom wirklichen Sachverhalt ist ein Irrtum im Sinne des § 119 » et que « Enttäuschte Erwartungen bei einem Risikogeschäft oder Spekulationsgeschäft berechtigen nicht zur Anfechtung. ... » (Palandt : sous § 119, no 3).

De ces développements il résulte encore que l'appelant ne saurait, à fortiori, pas non plus faire valoir un quelconque dol dans le chef de C) S.A., respectivement de B) S.A., la lettre du 21 mars 2000 litigieuse lui faisant, par ailleurs, uniquement part d'une « possibilité » d'investissement dans ce nouveau produit, modifié par rapport à celui de la 1^{ère} tranche, laissant cependant à A) le libre choix de procéder ou non à cet investissement, tout en attirant par ailleurs son attention sur ce que son intermédiaire -soit E)- est à sa disposition concernant toutes éventuelles questions de sa part concernant cette 2^e tranche, partant, concernant ce nouveau produit d'investissement.

Si la culpa in contrahendo, sur laquelle se base encore l'appelant, n'est introduite au BGB que par une loi du 1^{er} janvier 2002, le mécanisme juridique en question existe cependant déjà bien antérieurement en droit allemand.

A l'appui du moyen déduit d'une culpa in contrahendo dans le chef de B) S.A., A) fait valoir que cette faute consiste en ce que « il était indispensable d'attirer l'attention de A) sur le fait que la droite de référence ne commençait plus à ... 50 comme précédemment, mais désormais à 85 », cette obligation étant selon l'appelant d'autant plus grande que C) S.A. fait le 21 mars 2000 savoir à A) qu'il a la possibilité de souscrire à une tranche améliorée.

Or, il n'y a pas en l'espèce culpa in contrahendo, partant pas de faute dans les relations précontractuelles au contrat du 28 mars 2000, A) se trouvant depuis la première demande de souscription en possession du prospectus et donc informé de ce qu'avec chaque demande de souscription, sont remises les « ausführlichen Bedingungen ».

Tel que le fait valoir B) S.A., il n'y a pas de faute précontractuelle, étant donné que la demande de souscription signée le 28 mars 2000 par A) confirme la réception des conditions générales correspondantes qui sont, ainsi, acceptées.

A) n'établissant ni l'erreur dont il se prévaut, ni ne renversant la présomption s'attachant à sa signature, à savoir la reconnaissance de recevoir avec la 2^e demande de souscription les conditions générales correspondantes, l'argumentation tenant à la violation d'une quelconque obligation précontractuelle est non fondée.

Il n'y a finalement, pas lieu d'analyser plus amplement les développements de A) ayant trait à la page 10 des conditions générales, page qui contrairement à ce que retient le jugement du 25 janvier 2005, suite à une erreur purement matérielle, correspond tant dans la version remise dans le cadre de la première demande de souscription, que dans celle communiquée dans le cadre de la deuxième demande de souscription, à une page blanche, renseignant pour tout texte la mention « Seite 10 ».

Il découle de l'ensemble des développements qui précèdent que l'appel de A) est non fondé.

L'appelant étant à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel, sa demande présentée sur la base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile est à rejeter.

B) S.A. ne justifiant pas de la condition d'iniquité posée par cet article, sa demande en obtention d'une indemnité de procédure est également non fondée.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement et en continuation de l'arrêt du 28 mai 2008, le magistrat de la mise en état entendu en son rapport oral,

dit l'appel de A) non fondé,

partant, confirme le jugement du 25 janvier 2005,

rejette les demandes en obtention d'indemnités de procédure présentées en instance d'appel,

condamne A) aux frais et dépens inhérents à la procédure dirigée par exploit d'huissier du 23 août 2006 contre C) S.A., et en ordonne la distraction au profit de Maître Carine FEIPEL, avocat à la Cour qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance,

condamne B) S.A. aux frais et dépens inhérents à l'instance introduite par exploit d'huissier du 13 décembre 2006, et en ordonne la distraction au profit de Maître Charles TURK et de Maître Carine FEIPEL, avocats à la Cour qui la demandent, affirmant en avoir fait l'avance,

condamne A) aux autres frais et dépens de l'instance d'appel, et en ordonne la distraction au profit de Maître Yves PRUSSEN et de Maître Carine FEIPEL, avocats à la Cour qui la demandent, affirmant en avoir fait l'avance.